Archiv

für die

civilistische Praxis.

XVI.

Praktische Bemerkungen über die Vorschriften der Novelle 72.

Von Herrn Dr. Seuffert, Professor der Rechte zu Würzburg.

I.

Durch die Novelle 72. Cap. I. sind für unfähig zur Uebernahme der Vormundschaft alle diejenigen erkannt, „qui obligatum habuerint minorem aut ejus res," oder von denen es „apertissime manifestum" ist, daß sie „juri minoris obnoxii" sind. Diese Bestimmung pflegte man in den Lehrbüchern des Römischen Rechtes in der Art vorzutragen, daß unter den zur Uebernahme der Vormundschaft unfähigen Personen die Gläubiger und Schuldner des Pfleglings aufgeführt werden [1]). — Unter den Obligationen, welche nach Vorschrift der Novelle ein Hinderniß der Vormundschaft seyn sollen, sind aber nicht blos einfache Schuld-Verhältnisse zu verstehen, wie sie etwa aus Darleihn oder andern vorübergehenden Geschäften entspringen. Vielmehr umfassen die allgemeinen Worte des Gesetzes Obligationsfälle

1) Hofacker principia §. 627. Thibaut Pand. R. §. 501. Mackeldey Röm. Recht. ed. VII. §. 571. v. Wening-Ingenheim CR. ed. III. §. 414. Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 313.

jeder Art. Wer irgend einen Anspruch gegen den Pflegling oder auf dessen Güter hat, oder wer in irgend einem Verhältnisse besonderer Verpflichtung oder Verantwortlichkeit zu demselben steht (ὑπεύθυνος ὢν τοῖς ταῦ νέου δικαίοις), der ist in dem Verbote des Gesetzes begriffen. Dasselbe will schlechthin verhindern, daß die Angelegenheiten der Mündel den Händen einer Person anvertraut werden, deren eigenes Privat-Interesse mit dem des Pfleglings bei Führung der Vormundschaft zum Nachtheile des letztern collidiren könnte, und daß insbesondere die Urkunden, durch welche die Rechte des Minderjährigen und dessen Vertheidigung gegen Ansprüche anderer Personen gesichert sind; unter dem Titel der Vormundschaft in den Besitz Desjenigen kommen, gegen den nach dem Inhalte der Urkunde Klagen oder Einreden zustehen: ne forte aut instrumentum surripiat, aut alias probationes, quas minor habet, subducat, eique tutela in rerum suarum perniciem cedat.

Daß nun z. B. auch Societäts-Verhältnisse, insbesondere Verhältnisse zwischen den Theilhabern einer Handelsgesellschaft unter die Vorschrift der Novelle, sowohl nach dem Buchstaben als dem Geiste derselben, zu subsumiren seyen, kann wohl nicht in Zweifel gezogen werden [2]). Man erwäge nur die gegenseitigen Verpflichtungen der Gesellschafter, die vertragsmäßigen Beiträge an Sachen oder Dienstleistungen zu entrichten, auf die Gesellschafts-Angelegenheiten denselben

2) Schon die Glosse bezieht die Vorschrift der Nov. 72. ausdrücklich auch auf Fälle einer communio zwischen Vormund und Pflegling. Bartolus, welcher alle Rechtsfragen mit Distinktionen schlichtet, billigt die Ansicht der Glosse für solche Fälle, wo entweder die communio in controversia, oder von der Art ist, daß sie imputationes und reputationes magnas mit sich bringt, wie z. B. die Gemeinschaft einer Erbschaft oder der major pars bonorum; — er schließt hingegen die Anwendung der Novelle aus, wo die Gemeinschaft „unum fundum tantum“ betrifft.

Fleiß zu verwenden, den sie ihren eigenen zu widmen pflegen, alles, was sie für die Gesellschaft gewinnen, erwerben oder überhaupt zur Hand bekommen, in das gemeinschaftliche Vermögen einzuliefern, über Verwaltungen und Geschäfte, welche sie für die Gesellschaft geführt, Rechnung zu stellen u. s. w., man erwäge überhaubt den ganzen Inhalt und Umfang der actio pro socio; man blicke ferner hin auf die bei der Aufhebung der Gesellschaft, oder einer partiellen Ausscheidung aus derselben sich entwickelnden Ansprüche: — wer kann es verkennen, daß die Gesellschaft eine sehr ergiebige Quelle täglich sich erneuern oder gegenseitiger Rechte und Verbindlichkeiten sey, und daß man von jedem der Theilhaber im Verhältnisse zu den Andern wohl sagen mag, obligatos ceteros sibi habet et apertissime manifestum est, eum juri ceterorum esse obnoxium. — Wohl wird auch durch den Wirkungskreis eines die Geschäfte führenden Associés eines Handelshauses reichliche Gelegenheit verschafft, den minderjährigen Theilhaber auf die vom Gesetze besorgte Weise zu verkürzen, so daß sich in einem solchen zwischen dem Pflegling und demjenigen, welcher dessen Vormund werden soll, Statt findenden Verhältnisse alle Voraussetzungen des gesetzlichen Verbotes vollkommen darstellen.

Wenn nun die Vorschrift der Novelle auch Verhältnisse dieser Art umfaßt, so möchte wohl der Inhalt derselben durch den Lehrsatz, daß Gläubiger und Schuldner des Pfleglings von der Vormundschaft ausgeschlossen seyen, nicht ganz richtig bezeichnet werden. Denn nach dem Sprachgebrauche kann man nicht sagen, daß die Worte »Gläubiger und Schuldner« auch das Verhältniß der Gesellschaften umfassen. Bei Erwähnung der Societät dachte man sich zunächst das gemeinschaftliche Interesse sämmtlicher Gesellschafter, nnd eine Entgegenstellung, wie sie in den Worten „Gläubiger und Schuldner“ hervortritt, hat man dabei nicht im Sinne. Dazu kommt, daß die in der Novelle gebrauchten Ausdrücke so allgemein sind, daß nicht nur Forderungen, sondern auch

dingliche Ansprüche darunter passen [3]). Demzufolge scheint es angemessen, die übliche Fassung des durch die Vorschrift der Novelle begründeten Rechtssatzes zu modificiren, und diesen etwa so auszusprechen: Von der Vormundschaft ist ausgeschlossen, wer irgend rechtliche Ansprüche an den Pflegling oder dessen Vermögen hat, oder wer in einem Rechtsverhältnisse zu demselben steht, zufolge dessen er ihm offenbar verpflichtet oder verantwortlich ist [4]).

II.

Mehrere Schriftsteller [5]) haben die Behauptung aufgestellt, daß die Verordnungen der Novelle 72. in Deutschland, wo das Vormundschaftswesen, insbesondere die Bestellung der Vormünder, nach den Reichs- und vielen Provincial-Gesetzen dem richterlichen und obervormundschaftlichen Ermessen fast durchaus überlassen bleibe, gar nicht recipirt oder doch nicht mehr praktisch sey. Diese Behauptung ist aber aus dem Standpunkte des gemeinen Rechts unhaltbar, indem die Rechtspolizey-Ordnung von 1577. §. 2, 3. zwar eine Erweiterung der obrigkeitlichen Fürsorge für das Beste des Pfleglings anordnet, allein hierbei den römischen Beschränkungen der Fähigkeit, Vormund zu werden, keineswegs derogirt. Es bezeugen auch die neuern Rechtslehrer und Praktiker die heutige Anwendbarkeit der fraglichen Vorschriften [6]), und man kann wohl sagen, daß eine Controverse hierüber nicht mehr bestehe.

---

3) Vgl. Bartolus ad Authent. Minoris (Cod. „qui dare tutores").

4) Schweppe RPR. §. 733. lehrte: Als Tutoren sind nicht zulässig — 3) jeder, welcher mit dem Mündel in Rechtsverhältnissen steht, Gläubiger oder Schuldner desselben ist.

5) Am ausführlichsten hat diese Ansicht zu begründen gesucht Walch de tutore pupilli sui ante susceptam tutelam debitore. Jen. 1777.

6) Struben rechtl. Bedenken ed. Spangenberg. Bd. I. S. 125.

Anders verhält sich die Sache in Ansehung der Frage, ob das in der Novelle 72. Cap. I. ausgesprochene Verbot auch auf testamentarisch vom Vater ernannte Vormünder zu beziehen sey? — Diese Frage ist von vielen, zumal älteren Rechtslehrern verneint worden, und auch in die Praxis war diese Ansicht übergegangen [7]). Hingegen wird in sämmtlichen neuern Lehr- und Handbüchern des römischen Rechts die Unfähigkeit der Gläubiger und Schuldner als allgemeingültig vorgetragen, ohne eine andere Ausnahme, als die durch Nov. 94. Cap. I. für die Mutter (und Großmutter?) begründete, zu erwähnen [8]). Diese Uebereinstimmung kann indessen eine wiederholte Untersuchung der Controverse um so weniger überflüssig machen, als die Praxis noch hier und dort der ältern Ansicht huldigt. Vorliegende Bemerkungen sind zunächst veranlaßt durch ein Erkenntniß des Oberappellations-Gerichts der vier freien Städte Deutschlands vom 26sten November 1827, durch welches die Theilhaber eines großen Handels-

---

Hagemann prakt. Erört. Bd. V. Nr. XXX. Thibaut Pand. N. §. 501.

7) Martinus in Glossa ad Nov. 72. c. 1. et ad Auth. minor. (qui dare tutores; Bartolus ad Auth. minor. Nr. 11, 12; Faber in Cod. defin. for. lib. V. tit. 20. defin. 1; Carpzov jurispr. for. P. II. C. 11. dec. 19; Montanus de Tut. c. 9. N. 72; Rittershusius ad Nov. P. VIII. c. 4. Nr. 14; Berlich dec. P. II. dec. 275. Nr. 18; Christinaeus Vol. V. dec. 194. nr. 9; a Sande decis. Fris. lib. II. tit. 9. def. 1; Müller ad Struv. Exerc. 31. th. 16. tit. 1. nr. 6; — Schilter Prax. jur. rom. ex. 37. §. 87. in f.; Reinharth ad Christin. Vol. 5. obs. 25; Stryk us. mod. P. XXVI, 1. §. 17; Struben rechtl. Bed. a. a. O. — Die meisten dieser Schriftsteller setzen indessen bei Verneinung der angeregten Frage voraus, daß der Vater die Forderung oder Schuld des Vormunds gekannt habe.

8) Hofacker principia §. 627; Thibaut a. a O.; Günther princip. jur. Romani §. 510; Schweppe, Mackeldey, v. Wening-Ingenheim, Mühlenbruch a. a. O. Glück im Commentar Bd. XXIX. S. 98. ff.

hauses als Vormünder der von dem Chef desselben hinterlassenen Kinder, des von der Mutter eingelegten Widerspruchs ungeachtet, aus dem Grunde zugelassen wurden, weil der Vater sie in seinem Testamente zu dieser Vormundschaft berufen hatte. Diesem Ausspruche stehen folgende Entscheidungsgründe zur Seite:

„Die Rechtsfrage, auf deren Beantwortung hier „alles ankommt, ist nur die, ob das Verbot der Novelle „auch auf vom Vater ernannte tutores testamentarii, „deren Schuldnerverhältnisse dem Testirer bekannt waren, „seine Anwendung finde. Diese Frage ist nun allerdings „zweifelhaft, aber doch zu Gunsten der genannten socii „zu entscheiden.

1) enthält die Novelle 72. cap. I. schon nach der „Ansicht Justinians keine durchaus ausnahmslose Vor„schrift, wie daraus hervorgeht, daß er die von den „Juristen gemachte Anwendung des Verbots auf die Mut„ter und Großmutter in der spätern

Nov. 94. Cap. 1.

„für eine unrichtige seiner Willensmeinung zuwiderlau„fende Anwendung erklärt, was er nicht gekonnt hätte, „wenn er das Verbot schon gleich bei der Erlassung oder „auch nur bei der spätern Beschränkung für ein durch„aus ausnahmsloses hätte gehalten wissen wollen.

2) geht das römische Recht in so vielen Anwendun„gen von der Ansicht aus, daß der Vater am besten, „und besser noch, als das Gesetz beurtheilen könne und „werde, was dem Wohle seiner Kinder zuträglich sey, „und erlaubt demselben in so vielen Anwendungen die „von dem Gesetze zur Sicherung der Kinder getroffenen „Maßregeln abzuändern und aufzuheben, namentlich hin„sichtlich der Cautionsleistung der Vormünder,

pr. J. de satisdat. tut.

„der Anfertigung eines Inventariums

l. 13. §. 1. C. arbitr. tutelae,

„der Ablegung einer Rechnung über die Verwaltung

l. 5. §. 7. de admin. tutorum

„und der Nothwendigkeit der Nachsuchung eines decre-
„tum de alienando

l. 1, 3. C. quando decret. opus non est. —

„Daß nach Analogie dieser Vorschriften der Vater auch
„wohl

„die Bestellung solcher Personen, die ihm als Gläubi-
„ger und Schuldner bekannt sind, zu Vormündern sei-
„ner Kinder vornehmen kann.“

3) ist es unverkennbar, daß sich unter unsern Juri-
„sten schon sehr früh die Ansicht bildete, daß der Vater
„bei der Vormundschaftsbestellung an das Verbot der Er-
„nennung von Creditoren nnd Debitoren nicht gebunden
„sey, wenigstens wenn ihm diese Qualität der ernannten
„Vormünder bekannt sey; obgleich manche die Ernennung
„auch selbst ohne diese Beschränkung gestattet wissen woll-
„ten, und eben so unverkennbar ist, daß wenigstens eine
„lange Zeit hindurch keine andere Ansicht als diese in der
„Praxis herrschend war.“

(Hier sind nun die oben in der Note 7 erwähnten Schrift-
steller allegirt.)

„Nun hat aber die entschiedene ausgemachte Praxis bei
„einem Rechte, wie dem römischen, was für ein anderes
„Volk entstanden, in Masse recipirt und nicht mit der
„Kraft specieller Verordnungen einheimischer Gesetze aus-
„gestattet ist, ein ganz besonderes Gewicht; vor allem
„aber bei schroffen Gesetzen des neuesten römischen Rechts,
„welche nicht mehr durch die römischen Juristen gehörig
„verarbeitet werden und sich nicht mehr durch die inter-
„pretatio bei den Römern selbst mit dem ganzen Geiste
„des römischen Rechtes ausgleichen konnten. Unter die-
„sen Umständen ist es nicht nöthig, die Gültigkeit der
„vom Vater getroffenen Vormundschaftsbestellung noch
„erst von der hinzugekommenen Confirmation der Obrig-

„keit abzuleiten, was auch bedenklich wäre, da diese wohl „schwerlich materielle Mängel der Bestellung zu heilen „und etwas gegen die Gesetze zu bewilligen befugt seyn „dürfte. Nur darauf kommt es an, daß nicht der Obrig„keit Gründe vorliegen, weßhalb diese aufgefordert seyn „könnte, das derselben nach der

R. P. O. von 1577. tit. 32. §. 2.

„bei allen Vormündern zustehende Confirmationsrecht da„zu zu benutzen, die im Testamente ernannten socii aus„zuschließen."

Soweit die Lübecker Entscheidungsgründe, insofern sie die oben bezeichnete Controverse betreffen. Es sey mir vergönnt, diese neue Begründung einer früher gangbaren Ansicht meiner Prüfung zu unterwerfen.

Fassen wir die Vorschrift der fraglichen Gesetzstelle für sich, ohne Rücksicht auf die spätere Novelle 94, ins Auge, so muß sie uns allerdings als ein durchgreifendes ausnahmsloses Verbot erscheinen. Nach dem ältern Rechte waren Gläubiger und Schuldner des Pfleglings von der Vormundschaft nicht ausgeschlossen, und zwar galt dies ohne Unterschied des Delationsgrundes [9]). Ein solches Verhältniß zu dem Mündel war nicht einmal ein Excusationsgrund, vielmehr veranlaßte dasselbe nur die Beiordnung eines „particeps in munere" [10]). **Justinian** beschloß nun aus den unter No. I. angegebenen Motiven eine Reform dieser Rechtssätze und verordnete:

„Si quis minorem, vel res ejus sibi obligatas habeat, „ut hic *nullo modo* ad tutelam ejus accedat, *etsi a „legibus vocetur*. Quid enim ille in suam utilitatem „non faceret, qui dominus sui ipsius et rerum ad-

---

9) Vgl. §. 4. J. de excus.; fr. 78. §. 1. de contrah. emt.; fr. 9 §. 5. de admin. tut.; fr. 6. §. 18. fr. 20, 21. pr. de excus. tut.; C. 8. qui dare tutores.

10) C. 7. de excus. tut.

„versarii factus est? Quare etiam et illud sanci„mus, si apertissime constet, tutorum minori obli„gatum esse, ut neque is tutor sit: ne forte aut in„strumentum surripiat, aut alias probationes, quas „minor habet, subducat, eique tutela in rerum sua„rum perniciem cedat. Hoc igitur certa lege com„prehendatur, ut *nemo*, qui res defuncti et mino„rem ipsum ejusve res obligatas se habere dicit: „aut aperte illi obligatus est, ad tutelam ejus acce„dat, nec licentiam tale quid faciendi habeat."

Niemand, der Ansprüche an den Pflegling oder auf dessen Sachen hat, oder zweifellos in dem Verhältnisse einer Verpflichtung zu demselben steht, soll die Vormundschaft übernehmen dürfen; auf keine Weise (nullo modo) d. h. durch keinen der Delationsgründe soll er zur Führung dieses Amtes gelangen können. Daß die Worte „*nullo modo* accedat" nichts anderes sagen wollen, als: die Vorschrift des Gesetzes solle ohne Unterschied des Delationsgrundes, aus welchem der Gläubiger oder Schuldner des Pfleglings berufen ist, zur Anwendung kommen, — dies geht sprechend aus dem Beisatze hervor: „etsi a legibus vocetur." — Es ist zwar nicht zu läugnen, daß in der Hervorhebung der gesetzlichen Vormundschaft eine Ungenauigkeit liegt, indem ja die testamentarische derselben vorgeht, und sonach im Allgemeinen der Vorsehung, welche der Vater trifft, mehr Vertrauen geschenkt wird, als der gesetzlichen Anordnung, welche die Verwandten beruft. Aber den Verfassern der Novellen war es mehr um Emphase des Ausdrucks, als um Genauigkeit zu thun, und der Beisatz „selbst wenn er von den Gesetzen gerufen wäre," klingt allerdings schwunghafter, als wenn man gesagt hätte: „selbst wenn er vom Vater in seinem Testamente ernannt wäre. — Auf keinen Fall ist dieses Bedenken von solcher Bedeutung, daß es eine die gesetzliche und die Dotiv-Tutel beschränkende Auslegung rechtfertigen könnte. Denn der ärgsten Gedanken-

losigkeit würde man den Gesetzgeber beschuldigen, wollte man annehmen, daß er bei dem Gebrauche solcher umfassenden Ausdrücke (παντελῶς, μηδένα) doch nur zwei von den drei Delationsgründen im Sinne gehabt, und daß er für die testamentarische Vormundschaft eine Ausnahme von der ganz allgemein sprechenden Verordnung bestehen zu lassen beabsichtigt habe, ohne dieser Ausnahme ausdrücklich zu gedenken. — So wenig aber der Text des Gesetzes Anlaß zu einer beschränkenden Auslegung gibt, eben so wenig der Grund desselben. Dieser liegt in der besondern Versuchung und Gelegenheit, welche der mit dem Pflegling in sonstigen Rechtsverhältnissen stehende Vormund zur Verkürzung desselben hat. Diese Versuchung und Gelegenheit ist bei dem testamentarischen Vormund in nicht geringerem Grade vorhanden, als bei dem von dem Gesetze oder der Obrigkeit Berufenen. — Auch in den folgenden Capiteln der Novelle ist nichts enhalten, was jene beschränkende Auslegung zu motiviren geeignet wäre. Vielmehr sind auch die in diesen Theilen des Gesetzes vorkommenden connexen Vorschriften in ganz allgemeinen Ausdrücken abgefaßt — denn Allem zufolge ist die Lehre, welche auch die testamentarische Vormundschaft unter das Verbot der Novelle 72. subsumirt, durch die Auslegungsregel: „ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere“ — gerechtfertigt und geboten. —

Die Berücksichtigung der Novelle 94. kann eine Aenderung dieses Resultates nicht bewirken. Allerdings enthält dieses spätere Gesetz eine authentische Interpretation der Nov. 72, durch welche der Kaiser erklärt, daß er eine ausnahmslose Geltendmachung des in dieser ausgesprochenen Verbotes nicht beabsichtigt habe. Er sanktionirte nun eine Ausnahme hinsichtlich der Mütter [11]), und behauptete dabei, die Anwendung der frühern Verordnung auf diese Personen sey der

11) Unter den in der Novelle genannten „matribus“ sind nach der gemeinen Meinung auch die Großmütter zu verstehen. Vergl. Glück a. a. O. S. 97. Not. 32.

Intention, welche er bei Erlassung derselben gehabt, zuwidergelaufen; — obwohl von der auf diese Ausnahme gerichteten Intention weder in den Dispositiv- noch den Enunciativ-Worten der Nov. 72. etwas offenbar geworden war. Allein eben in der Anordnung und Motivirung der bezeichneten Beschränkung bestätigt Justinian die Vorschriften des frühern Gesetzes auf eine Weise, welche neue Gründe für die Verwerfung jeder andern als der hier bestimmten Ausnahme darbeut, so daß man alle Ursache zur Anwendung des Satzes hat: „exceptio firmat regulam in casibus non exceptis." — Schon in dem Vorworte der Nov. 94. ist eine allgemeine Genehmigung und Bekräftigung dessen enthalten, was die Nov. 72. Cap. I. verordnet hatte. Nachdem sodann im Eingange des ersten Capitels die mehrgedachte Ausnahme anbefohlen ist, wird zur Motivirung derselben geäußert:

„Primum enim id nunc prohibere, quod pro mino-„ribus semper introductum est, absurdissimum ex-„istimamus: *deinde nemo eodem loco et matrem „et alios collocaverit. Illam enim pius et natu-„ralis erga liberos amor a suspicione liberam „utplurimum reddit: illis vero, quibus nulla cum „liberis necessitas benevolentiae intercedit, merito „matres comparandae non sunt.* Liceat itaque „matribus secundum veterem observationem, si re-„nuncient et res suas obligent (sicut antea in usu „fuit) liberorum tutelam suscipere, neque hanc ex-„ceptionem metuant, sed *quantum ad illas*, ita „se res habeat, ac si de ea re lex plane scripta „non fuisset."

Die Gründe, welche hier für die in Ansehung der Mütter festgesetzte Ausnahme angeführt sind, passen nur auf Personen, welche in dem bezeichneten Verhältnisse zu dem Pflegling stehen, und sprechen einen Gegensatz aus, welcher zwischen diesen und allen andern Vormündern Statt finden soll. Niemand soll die Mutter und andere Personen gleich-

stellen. Jene ist durch das Verhältniß der innigen Liebe zu ihren Kindern, welches die Natur selbst begründet hat, von jedem Verdacht befreit; diejenigen aber, welche mit den Kindern nicht durch ein solches Band natürlichen Wohlwollens verknüpft sind, sollen nicht mit den Müttern verglichen werden; — durch diese Auseinandersetzung seines Gedankens hat der Gesetzgeber auf das deutlichste zu erkennen gegeben, daß die verordnete Ausnahme sich auf die Mütter [12]) beschränken und daß weder eine ausdehnende Auslegung noch eine analoge Anwendung dieser Verordnung Statt finden soll. Am wenigstens ließe sich eine solche Ausdehnung auf Personen rechtfertigen, welche nicht in einem, die necessitas benevolentiae einigermaaßen begründenden, Vormundschafts-Verhältnisse zu dem Pflegling stehen, sondern blos durch eine Verfügung des Vaters zur Vormundschaft berufen sind.

Diesem zufolge findet die dem Lübecker Urtheile zum Grunde liegende Ansicht in dem Inhalte der Nov. 94. Cap. I. nicht nur keine Unterstützung, sondern vielmehr ihre Widerlegung. Der Gesetzgeber hat hier geradezu verboten, die von den Müttern geltende Ausnahme auch auf andere Vormünder, welche nicht in gleichem Verhältnisse zu dem Pflegling stehen, zu beziehen. — Eben wegen dieses Verbotes ist auch die in No. 2. der Lübecker Entscheidungsgründe gemachte analoge Anwendung einiger Bestimmungen des älteren Rechtes offenbar unzulässig. Der Gebrauch der Analogie ist in Ansehung solcher Rechtsfragen ausgeschlossen, welche der Gesetz-

12) Wenigstens auf Ascendenten. — „Eadem ratione" äußert Cujacius (expos. Nov. 72.), „excipiam patrem et avum, „immo et parentes omnes virilis sexus, non cognatos." — Es gehört zu den seltenern Fällen, daß ein männlicher Ascendent Vormund seiner Descendenten wird; deßwegen läßt sich allerdings annehmen, daß der Gesetzgeber daran bei Erlassung der Nov. 94. nicht gedacht habe; indem er sonst gewiß nicht verfehlt haben würde, seine Verordnung auch auf die männlichen Ascendenten zu erstrecken.

geber selbst ausdrücklich entschieden hat. Mit Hülfe der Analogie sollen Rechtsfälle entschieden werden, die dem Gesetzgeber entgangen sind. Wie läßt sich aber annehmen, daß Justinian bei Erlassung der Nov. 72. und 94. an den Fall, wenn ein Gläubiger oder Schuldner des Mündels im Testamente des Vaters zur Vormundschaft berufen wird, gar nicht gedacht habe? — Die allgemeinen Worte dieser Gesetze, so wie die in der Nov. 94. ausgesprochene Entgegenstellung der Mütter — und aller andern Vormünder umfassen offenbar auch die testamentarischen, es ist daher eine ausdrückliche Bestimmung, welche auch die testamentarisch ernannten Gläubiger und Schuldner des Pfleglings für unzulässig erklärt, allerdings vorhanden. Der in Frage befindliche Fall ist vom Gesetze entschieden, und demnach dessen Entscheidung durch analoge Anwendung anderer Rechtsvorschriften eben so überflüssig als unstatthaft. — Hierzu kömmt, daß man überhaupt Bedenken tragen muß, den Sinn und Umfang der Vorschriften, welche in den Novellen — Erzeugnissen der Willkühr Justinians — enthalten sind, nach dem Geiste des ältern Rechtes zu bestimmen; zumal wenn bei Erlassung der Novelle die Abänderung von Rechtsnormen, welche früher gegolten haben, beabsichtigt wurde. Uebrigens war es auch nach dem ältern Rechte Regel, daß der Vater die gesetzlichen Vorschriften, welche das Beste des Pfleglings bezweckten, durch testamentarische Anordnungen außer Kraft zu setzen, nicht befugt war. Als Motiv seines Ausspruchs über die Wirksamkeit einer solchen Anordnung äußert Ulpian im fr. 5. §. 7. de admin. et periculo tutorum:

„nemo enim jus publicum remittere potest hujus-
„modi cautionibus, nec mutare formam antiquitus
„constitutam.“

Nur als eine singuläre Ausnahme von dieser Regel erscheint die Bestimmung, daß die testamentarisch ernannten Vormünder von der Verbindlichkeit zur satisdatio befreit seyn sollen:

„quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore
„probata est.“

Wollte man diesen Grund benutzen, um die testamentarischen Vormünder von dem Verbote der Novelle 72. auszunehmen, so müßte man diese Ausnahmen auch auf die obrigkeitlich bestellten Vormünder erstrecken. Denn auch von diesen sagt Gajus [13]):

„plerumque non coguntur satisdare, scilicet quia
„satis idonei electi sunt.“

Die in den allgemeinsten Ausdrücken abgefaßte Verordnung der Nov. 72. Cap. I. würde sonach nicht als jus generale gelten, sondern selbst blos die Natur einer auf einen Theil der gesetzlichen Vormünder beschränkten Ausnahme haben. — Augenscheinlich würde aber eine solche Gesetz-Auslegung den Namen einer Verdrehung verdienen.

Wenn übrigens Ulpian in dem angeführten fr. 5. §. 7. de admin. et per. tutorem der Anordnung des Vaters: „tutores aneclogistos esse volo“ die Wirkung beilegt, daß die ernannten Vormünder nur für solche Beeinträchtigungen des Pfleglings haften, hinsichtlich welcher ihnen ein Mangel an gutem Glauben vorgeworfen werden kann, außerdem aber von der Verbindlichkeit, den Pflegling zu entschädigen, frei seyn sollen; so läßt sich daraus für die Feststellung des allgemeinen Grundsatzes — „daß der Vater am besten und besser „noch, als das Gesetz beurtheilen könne und werde, was dem „Wohle seiner Kinder zuträglich sey“ — nicht das geringste folgern, denn jene väterliche Anordnung wird von Ulpian nicht als eine im Interesse der Kinder gemachte Verfügung ausgelegt, sondern als ein Fideicommiß zu Gunsten der Vormünder; durch welches der Vater nichts beabsichtigt, als letztere schadenfrei zu halten.

Eben so wenig läßt sich aus der Bestimmung der C. 1, 3. quando decreto opus non est für jenen Grundsatz folgern.

---

13) Instit. comment. Lib. I. §. 200.

Der Vater ist, wenn er nur den Pflichtheil nicht schmälert, über seinen Nachlaß nach Belieben letztwillig zu verfügen befugt. Zufolge dieser Dispositionsbefugniß kann er insbesondere Veräußerungen einzelner Sachen anordnen und genehmigen. Wenn nun die Kaiser rescribiren, daß, im Falle die Veräußerung eine väterliche Verfügung für sich hat, die Nachsuchung eines decretum de alienando nicht erforderlich sey, so liegt diesen Rescripten nicht ein besonderes Vertrauen auf die Fürsorge des Vaters zu Grunde, sondern die Entscheidung fußt sich blos auf den vorliegenden Willen des Vaters. Neque enim, heißt es in C. 1. cit., in ea re auctoritas Praesidis necessaria est, ut tutorum sollicitudini consulatur, *si voluntati defuncti pareant* [14]). Noch sprechender erhellt, daß hier ein besonderes Vertrauen auf die Fürsorge des Vaters nicht zu Grunde liege, aus C. 3. cit. — denn nicht blos der Vater, sondern überhaupt Jedermann, wer immer dem Mündel etwas zugewandt hat, kann durch Anordnung oder Gestattung der Veräußerung, hinsichtlich der betreffenden Güter, auctoritas Praesidis überflüssig machen.

> Imp. Diocl et. et Maxim. AA. et CC. Stratoniciano: „Praedium rusticum vel suburbanum a „minore vigintiquinque annis alienari sine decreto „Praesidis, nisi parentis *voluntas*, *vel testatoris*, „*ex cujus bonis ad minorem pervenit*, super alie„nando aliquid *mandasse* deprehendatur, nulla ra„tione potest."

Gerade so verhält es sich mit der Erlassung der Inventarisation, oder vielmehr mit dem Verbote der Errichtung eines Inventars, welchem von Justinian in C. 13. §. 1. arbitrium tutelae Wirksamkeit beigelegt ist. Nicht blos vom Vater kann ein solches Verbot wirksam ausgehen, sondern von allen „testatores, qui substantiam transmittunt."

---

14) Vgl. fr. 1. §. 2. De rebus eorum, qui aub tutela.

Auch diese Vorschrift ist nicht aus besonderem Vertrauen auf die Fürsorge des Vaters, sondern aus gebührender Rücksicht auf die Willensmeinung aller Erblasser des Mündels hervorgegangen. Wer immer dem Mündel Vermögen hinterläßt, ist auch befugt, über die Verwaltung dieses Nachlasses Vorschriften zu geben [15]).

Das Resultat dieser nähern Betrachtung ist: von allen den speciellen Bestimmungen, aus welchen das OAG. zu Lübeck einen allgemeinen Grundsatz zu abstrahiren versucht hat, zufolge dessen der Vater die von dem Gesetze zur Sicherung der Kinder getroffenen Maaßregeln abzuändern und aufzuheben der Regel nach befugt wäre, ist nur eine einzige aus der angeführten ratio hervorgegangen, nämlich aus der Ansicht, daß die Fürsorge des Gesetzes als unmöglich erscheine, wenn der Vater selbst den Vormund ernannt hat. Nur in Ansehung der satisdatio tutorum ist diese Rücksicht geltend gemacht. Wenn nun gleich der gesetzliche Grund, aus welchem die testamentarischen Vormünder von der Sicherheitsleistung frei seyn sollen, auch dazu dienen könnte, eine gleiche Ausnahme in Ansehung der Vorschriften der Novelle 72. zu rechtfertigen, so ist doch die Unzulässigkeit dieser analogen Anwendung bereits oben von mir dargethan worden.

Das gezogene Resultat erscheint nicht als schwankend und zweifelhaft, die vorgetragenen Gründe gewähren nach meinem Dafürhalten nicht bloße Wahrscheinlichkeit, sondern volle Gewißheit. Der Sinn des Gesetzes ist klar, für die angeregte Rechtsfrage liegt ein unzweideutiger Ausspruch des Gesetzgebers vor. Deßwegen kann eine angebliche Praxis, welche dem deutlich erklärten Willen des Gesetzgebers widerstreitet, nicht beachtet werden. Einer entschiedenen überall gleichförmiger Praxis mag allerdings zur Feststellung gemeinrechtlicher Sätze alsdann Gewicht beigelegt werden, wenn das

15) Vgl. Marezoll in v. Grolmann und v. Löhr's Magazin Bd. IV. S. 394.

Resultat der Auslegung mit Zuverlässigkeit nicht gezogen werden kann, oder wenn es an einer ausdrücklichen, die bezügliche Rechtsfrage umfassenden, Norm ermangelt, und eine solche durch Analogie und sonstige Schlußfolgerungen gefunden werden soll. Der Richter aber, welcher in den Gesetzen für die Entscheidung eines Rechtsfalles eine bestimmte unmittelbar passende Norm, deren Anwendbarkeit sonst Nichts im Wege steht, mit voller Ueberzeugung gefunden hat, darf sich von der Anwendung derselben durch eine entgegenstehende Praxis nicht abhalten lassen. Vergebens beruft man sich auf fr. 23. De legibus: „minime mutanda sunt, quae interpretationem certam semper habuerunt." — Denn wenn die bisherige interpretatio semper certa und die darauf gebaute Praxis erwiesenermaaßen dem unzweideutigen Ausspruche der Gesetze zuwiderlaufen, so verlieren sie für zukünftige Fälle ihr ganzes Gewicht [16]). Das Fr. 23. kann nur auf solche Rechtsfragen bezogen werden, für welche sich in den Gesetzen entweder gar keine oder nur eine ihrem Sinne nach zweifelhafte Entscheidung findet. Wollte man weiter gehen, so würde nicht nur die Autorität der Gesetze gefährdet, sondern nach den Resultaten neuerer gründlicherer Forschungen alle praktische Bedeutung entzogen werden. — Allerdings hat die entschiedene, ausgemachte Praxis bei einem Rechte, wie dem römischen, welches für ein anderes Volk entstanden ist, ein ganz besonderes Gewicht. Dieses beruht nämlich darauf, daß diejenigen Vorschriften des römischen Rechts, welche sich auf römische in Deutschland ganz unbekannte, Sitten und Verfassung beziehen, bei uns keine Anwendung leiden, und daß die Anwendung des römischen Rechts auf solche Gegenstände, welche den Römern gar nicht bekannt gewesen, sondern rein deutschen Ursprungs sind, nur mit großer Vorsicht geschehen kann [17]). Die Absonderung des Anwendbaren

16) Fr. 39. de legibus. Vgl Jordan in diesem Archive B. VIII. S. 260. Zeile 1. und 2.

17) S. Mackeldey RR. §. 95.

von dem Unanwendbaren ist von der Gesetzgebung nicht unternommen, sondern der Doctrin und — Praxis überlassen worden [18]). Aber es ist offenbar kein Grund vorhanden, die heutige Anwendbarkeit der Nov. 72. zu bestreiten, und wenn Manche der ältern Rechtslehrer und Praktiker die Anwendbarkeit der in der Nov. 72. Cap. 1. enthaltenen Vorschrift auf die testamentarischen Vormünder in Abrede stellen, so ist dies nicht aus Rücksicht auf eigenthümlich deutsche Rechtsansichten geschehen, sondern jene Theorie und Praxis fußt sich auf Principien, welche im ältern römischen Rechte ausgesprochen sind. Die Erwägungen, aus welchen die Vorschrift der Novelle hervorging, enthalten keineswegs Besonderheiten des römischen Volksthums, oder der politischen Verhältnisse der Zeit ihres Ursprungs, sie bestehen aus ganz allgemeinen Rücksichten auf das Beste der Pfleglinge, welche überall bei allen Völkern und in allen Staaten gleichmäßig passen; — und Niemand wird behaupten können, daß Rechtsansichten unsers Volks und der neuern Zeit die Nichtanwendung jener Vorschriften fordern. Demnach war die Beziehung auf den Umstand, daß das römische Recht bei einem andern Volke entstanden und in Deutschland nur recipirt sey, hier ganz am unrechten Orte. — Was insbesondere „die schroffen Gesetze des neuesten römischen Rechts" betrifft, so ist zwar nicht zu läugnen, daß die in formeller und materieller Hinsicht mangelhafte Beschaffenheit derselben zu unendlich vielen Controversen Anlaß gegeben und eben dadurch der Praxis den Spielraum eröffnet hat, welcher ihr bei wahrhaft zweifelhaften Rechtsfragen zukommt. Aber dieser Spielraum hat bei Anwendung der Novellen keine weitern Gränzen, als bei den andern Quellen des römischen Rechts und so wenig dort als hier kann die Beschränkung der Wirksamkeit eines deutlichen Gesetzes, wenn hinreichende Gründe dafür nicht vorliegen,

---

18) Jordan a. a. O. S. 216.

durch die Auctorität der Praxis die einer verbindlichen Norm erlangen.

Uebrigens läßt sich nicht behaupten, daß die Ansicht, nach welcher die Vorschrift der Nov. 72. Cap. I. auf testamentarische Vormünder nicht bezogen wird, zu irgend einer Zeit als unbestritten gegolten habe. Schon in der Glosse ist dieselbe verworfen, und wenn ihr auch das Ansehen des Bartolus in spätern Zeiten viele Anhänger verschaffte, so fehlte es doch niemals an Gegnern derselben, und sowohl theoretische Schriftsteller als Praktiker von Bedeutung finden sich unter den Letztern; insbesondere Joh. Faber [19]), Donellus [20]), Brunnemann [21]), Mevius [22]), Lauterbach [23]), Math. Stephanus [24]), Berger [25]) und Orth [26]). In der neuesten Zeit ist die von mir vertheidigte Ansicht allgemein als richtig anerkannt [27]).

Hätte das OAGR. zu Lübeck hinsichtlich der Auctorität der Praxis in der oben bezeichneten Sache dieselben Grundsätze befolgt, welche von ihm in andern Fällen, z. B. in dem Urtheile vom 7ten Februar 1824 geltend gemacht wurden [28]), so würde wohl ein ganz anderer Ausspruch erfolgt seyn.

III.

Wenn die zunächst zur Vormundschaft gerufene Person wegen der Rechtsverhältnisse, in welcher sie zu dem Pflegling

19) Ad Authent. Minoris.
20) Comment. de jure civ. Lib. III. cap. 3. §. 11.
21) Consilia II. nr. 123.
22) Jus Lubec. Lib. I. Tit. VII. Art. VII.
23) Colleg. theor. pract. lib. XXVI. tit. 1. §. 18, 19.
24) Comment. in Nov. ad Nov. 72. nr. 8. pag. 417.
25) Resolut. leg. obst. p. 559.
26) Anmerk. zur Frankfurter Ref. Bd. IV. S. 250.
27) S. oben Note 4. und Hagemann prakt. Erört. Bd. V. Nr. 30.
28) S. Heise und Cropp jur. Abh. Bd. I. S. 386.

steht, ausgesprochen wird, so fragt es sich, ob nun die tutela legitima eintrete, oder die dativa? — Schon Bartolus, in seiner Erläuterung der Authentica „*Minoris*“ hatte diese Frage aufgeworfen und nach seiner Gewohnheit mit einer Distinction beantwortet. Im Falle das stattfindende Schuldverhältniß offenbar (debitum manifestum) und dabei gewiß ist, daß dasselbe während der pupillaris aetas des Pfleglings nicht geendet werde, soll die Vormundschaft an den nächsten tutor legitimus übergehen, in andern Fällen hingegen die Dativtutel eintreten. Bartolus faßt diese Lehre darauf, daß eine weitere Delation an den legitimus tutor nur dann stattfinde, wenn der zuerst Berufene für immer weggefallen ist (cum istius primi spes omnino deficiat), wohingegen im Falle eines Hindernisses, welches gehoben werden kann, vor der Hand die Ernennung eines Vormunds der Obrigkeit zukomme; — ferner auf den Grundsatz, daß, wenn der zunächst Berufene durch obrigkeitliches Decret nach vorgängiger Untersuchung eines allegirten Grundes entfernt wird, jederzeit die Dativtutel Platz greife.

In dieser Beantwortung der Streitfrage sind wohl alle die Punkte berührt, welche hier zur Sprache kommen; ob aber die gegebene Entscheidung richtig sey, muß allerdings bezweifelt werden. Wenn man zugeben müßte, daß ein zwischen Vormund und Pflegling stattfindendes Schuldverhältniß nur als ein temporäres Hinderniß zu betrachten sey, und daß, wenn sich jenes Verhältniß später auflößt, die Vormundschaft von der fraglichen Person übernommen werden könne, so würde allerdings die gesetzliche Tutel durchaus wegfallen. Denn Interims-Vormünder werden überall von der Obrigkeit bestellt. Allein die Novelle 72. sagt nicht, daß Gläubiger und Schuldner des Pfleglings vor der Hand von der Führung der Vormundschaft auszuschließen, oder daß sie, so lange das Rechtsverhältniß mit dem Pflegling bestehe, von den Geschäften der Vormundschaft fern zu halten seyen; — sondern unbedingt und ohne Beschränkung ist verordnet, daß sie zu-

rückzuweisen seyen von dem Amte, welches ihnen besondere Versuchung und Gelegenheit, den Pflegling zu beeinträchtigen, darbieten würde. Gleichwohl kann es dem Gesetzgeber nicht entgangen seyn, daß das Hinderniß, dessen Einfluß die Novelle bestimmt, nicht nothwendig ein bleibendes sey, sondern wohl in vielen Fällen noch während der Dauer der Vormundschaft gehoben werde. — Auch liegen die Gründe nicht ferne, welche den Gesetzgeber bestimmt haben können, die Wirksamkeit des fraglichen Hindernisses auch nach der Auflösung des obwaltenden Schuldverhältnisses fortdauern zu lassen. Die Auflösung bestandener Obligationen, die Erledigung streitiger Verhältnisse, die Befriedigung von Forderungen und sonstigen Ansprüchen wird häufig Gegenstand einer neuen Verwikkelung, durch Anfechtung der Handlungen, worauf jene Auflösung und Erledigung beruht, durch Bestreitung der Thatsachen, welche für die Tilgung der Forderung angeführt werden. Ueber die Zahlung einer Schuld, über die Erledigung einer Streitsache werden gewöhnlich Quittungen, Vergleichs-Urkunden u. d. gl. ausgeführt, welche der vorsichtige Hausvater sorgfältig aufbewahrt. Wenn nun der bisherige Gläubiger oder Gegner des Pfleglings, welcher früher wegen des stattfindenden Rechtsverhältnisses von der Vormundschaft ausgeschlossen war, nun aber nach Auflösung des letzteren zugelassen wurde, die auf dasselbe und dessen Beendigung bezüglichen Urkunden in seine Hände bekommt, ist hier der Pflegling nicht denselben Gefahren bloßgestellt, welche ihn bedrohen, wenn das Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem Vormund noch wirklich besteht? Ist der Vormund hier nicht gleich mächtig versucht, durch Unterschlagung jener Quittungen, Vergleichs-Urkunden u. d. gl. auf Kosten des Pfleglings ungerechten Vortheil zu verschaffen? — Wenn man daher den Grund der Unfähigkeit zur Vormundschaft, welcher nach Vorschrift der Nov. 72. in einem Rechtsverhältnisse zu dem Pflegling liegt, auch nach Beendigung dieses Verhältnisses fortwirken läßt, so ist dies ganz dem Sinne des Gesetzgebers

gemäß: „ne forte aut instrumentum surripiat, aut alias „probationes, quas minor habet, subducat, eique tu„tela in rerum suarum perniciem cadat; — zumal hat jeder Wechsel in der Person des Vormunds, wenn nicht dringende Umstände ihn gebieten, augenscheinliche Rücksichten der Zweckmäßigkeit gegen sich; um so weniger hat man Ursache, das Verbot der Nov. 72. in der Anwendung auf eine Weise zu beschränken, für welche sich weder der Buchstabe noch der Geist des Gesetzes anführen läßt. Die Unterscheidung, welche Bartolus zwischen vorübergehenden Schuldverhältnissen und solchen macht, die sicher während der pupillaris aetas des Pfleglings fortdauern werden, ist dem Allem zufolge im Gesetze nicht gegründet.

Eben so wenig kann für die Dativtutel an und für sich der Umstand entscheiden, daß die Entfernung von der Vormundschaft, welche in Gemäßheit der Nov. 72. geschieht, eine causae cognitio voraussetzt und durch obrigkeitliches Dekret ausgesprochen wird. Denn bei dem gangbaren Satze, daß, so oft bei Entfernung des Vormunds die Obrigkeit concurrirt, nicht die gesetzliche, sondern die Dativtutel eintrete [29], ist immer vorausgesetzt, daß der Entfernte bereits Vormund gewesen, daß er entweder die Vormundschaft bereits geführt hatte oder solche doch an ihn devolvirt war [30]. Es fragt sich aber, kann man von Personen, die wegen ihrer Rechtsverhältnisse mit dem Pflegling von der Vormundschaft ausgeschlossen sind, mit Grund sagen, daß — insbesondere im Falle der testamentarischen Ernennung — die Vormundschaft

---

29) Thibaut Pand. R. §. 508.

30) Fr. 11. §. 1. de testamentaria tutela: „*et si semel ad testa„mentarium devoluta fuerit tutela*, deinde excusatus sit „tutor testamentarius, adhuc dicimus, in locum excusati „alium dandum, non ad legitimum tutorem redire tutelam. „§. 2. Idem dicimus, et si fuerit remotus, nam et hic idcirco „abit, ut alius detur." — Vgl. fr. 3. §. 8. De legit. tut.

an sie zwar devolvirt gewesen, aber ihnen — auf dem Wege der Excusation oder der Remotion — abgenommen werde? — Bedeutende Zweifelsgründe treten der Bejahung dieser Frage entgegen:

1) Abgesehen von den Fällen einer zulässigen Confirmation ist eine ungültig geschehene testamentarische Vormunds-Ernennung, so zu betrachten, als sey sie gar nicht vorhanden. „Eos demum, lehrt Ulpian [31], testamento datos nos „accipere opportet, qui jure dati sunt." Zu denjenigen aber, welche „non juste dati sunt" gehören auch, „quas non oportet dari" [32]). In diese Cathegorie fallen, wie im vorigen Abschnitte gezeigt wurde, die nach Nov. 72. Cap. I. ausgeschlossenen Personen.

2) In einer Reihe von Stellen wird die Excusation der Ausschließung wegen gesetzlich bestimmter Unfähigkeit entgegengesetzt.

Fr. 13. §. 12. de excusat.: „Qui non juste dati sunt „tutores, hoc est, a quibus non oportet, aut *quos non „oportet*, aut quibus non oportet, aut quo non oportet „modo, si neque confirmantur, neque administraverint, „sunt immunes; *neque opponet quis eis, quod consti„tuta tempora excusationis non observaverint, neque „enim habent excusationis necessitatem.*

Modestin scheint sich hier allgemein dafür auszusprechen, daß der Fall, wenn ein Unfähiger ernannt wird, zu den Excusationsfällen nicht gehöre.

In §. 13. Inst. de excus. lesen wir: „Minores au„tem vigintiquinque annis olim quidem *excusabun„tur*, a nostra autem constitutione [33]) *prohibentur* „ad tutelam vel curam adspirare, *adeo ut nec ex„cusatione opus sit.*"

31) Fr. 3. §. 1. De testamentar. tutela.
32) Fr. 13. §. 12. de excusat.
33) C. 5. de legitima tutela.

Derselbe Gegensatz ist ausgedrückt in Cap. 5. der Nov. 118. in den Worten:

„Haec autem dicimus, si masculi et perfectae ae-
„tatis sint, et *nulla lege prohibeantur tutelam*
„*suscipere, neque excusatione sibimet utantur.*“

In Gemäßheit dieser Gesetzstellen möchte sich die Behauptung rechtfertigen, daß, was von Excusationen verordnet ist, der Regel nach nur auf die Gründe freiwilliger Ablehnung zu beziehen sey und auf die Unfähigkeitsfälle keine Anwendung finde.

3) Die Remotion kann zwar auch vor Uebernahme der Verwaltung 34) aber immer nur gegen einen suspectus statt finden. Diese Eigenschaft wird aber nicht schon dadurch begründet, daß eine Beschädigung des Pfleglings durch den Vormund mehr oder minder leicht geschehen kann, sondern immer wird vorausgesetzt, daß derselbe durch sein Betragen oder doch durch seine Feindschaft gegen den Pflegling oder dessen Vater besondern Verdacht erweckt hat, er werde die Vormundschaft, wenn er die Führung derselben erhielte, nicht treu und pflichtmäßig verwalten 35). — Nun läßt sich aber gewiß nicht behaupten, daß die besondere Gelegenheit zur Beschädigung des Pfleglings, welche den Gläubigern und Schuldnern desselben dargeboten wäre, einen Verdachtsgrund, in dem angegebenen Sinne, bilde.

Wenn nun aber die in der Nov. 72. angeordnete Ausschließung weder unter den Gesichtspunkt der Excusation, noch unter den der Remotion zu passen scheint, so muß man sich zu der Ansicht hinneigen, daß jene Ausschließung im gegebenen Falle den Eintritt der gesetzlichen Vormundschaft zur Folge habe. Denn nur für die Fälle der Excusation und Remotion war durch ein Senatusconsult eine Ausnahme von der Regel begründet, nach welcher es erst dann

34) §. 5. J. de susp. tut.
35) Vergl. Glück im Commentar. Bd. XXXI. § 1348.

zur Dativtutel kommt, wenn weder ein testamentarischer noch ein gesetzlicher Vormund vorhanden ist [36].

Gleichwohl stellen sich die Gründe für die gegentheilige Ansicht bei näherer Betrachtung als überwiegend dar. Obwohl zu jeder Zeit der Unterschied zwischen den Gründen der freiwilligen und denen der nothwendigen Entfernung berücksichtiget wurde, so erhellet doch aus einer bedeutenden Zahl von Gesetzstellen, daß auch ein Theil der letzteren im praktischen Leben unter den Gesichtspunkt der Excusation gestellt und mit diesem Ausdrucke bezeichnet wurden [37]. Dies mag sich einerseits daraus erklären, daß mehrere derselben sich eben so gut als ein Entschuldigungsgrund, als in der Eigenschaft eines Ausschließungsgrundes auffassen lassen, z. B. körperliche Mängel, schwere, die Geschäftsthätigkeit hindernde Krankheit, Feindschaft u. d. gl.; andererseits mochten Ausschließungsgründe häufig mit der Intention der Entschuldigung geltend gemacht werden, und die Anzeige der obwaltenden Unfähigkeit erschien als ein Analogon der petitio excusationis, sie veranlaßte häufig, wie diese, eine obrigkeitliche causae cognitio und wurde eben so im Falle gehöriger Begründung durch ein Entlassungsdecret erledigt. Aus solchen Rücksichten wurden schon nach älterem Rechte insbesondere auch Fälle unter den Gesichtspunkt der excusatio gebracht, welche große Aehnlichkeit mit dem hier in Frage befindlichen haben.

In fr. 20. de excusationibus lehrt Julian:

„Si pupillum patruus contendat exheredatum esse, „et se heredem scriptum, aequum est, tutorem „pupillo dari, *recepta patrui excusatione*: vel, „si nolit, *excusationem* petere, remoto eo a tu„tela, ita litem de hereditate expedire.“

36) Vgl. fr. 11. §. 3. de testament. tutela in den Worten: „quia hic senatusconsultum cessat.“ — Vgl. Gajus I. §. 182.

37) Vergl. hierüber v. Löhr in diesem Archive Bd. XI. nr. 1; und Glück im Commentar Bd. XXXI. S. 190 ff.

Wenn der zur Vormundschaft Gerufene darauf ausging, dem Pflegling dessen väterliche Erbschaft durch Erhebung eines Rechtsstreites zu entreißen, so sollte er verbunden seyn, die Entlassung von der Vormundschaft nachzusuchen (excusationem petere), und auf erfolgte Entlassung desselben eine datio tutoris von Seiten der Obrigkeit eintreten; — so fern er aber nicht selbst um die Entlassung einkommen würde, so solle er als suspectus angesehen und demnach removirt werden; was nun gleichfalls nach fr. 11. §. 2. de testament. tut. zur Dativtutel führt. — Die Aehnlichkeit mit dem Falle der Nov. 72. ist nicht zu verkennen; hier wie dort bilden Rechtsverhältnisse, in welchen der Vormund dem Pflegling gegenüber steht, den Grund der Unfähigkeit; im Falle des fr. 20. ist ein noch weit dringenderes Motiv der Ausschließung vorhanden, und doch wird von excusatio gesprochen, und auf das bei Excusationen übliche Verfahren verwiesen. — Gleichfalls wegen Unterlassung einer nothwendigen Excusation ist ein ähnliches Verfahren angeordnet in fr. 21. §. 2. de tutoribus et curatoribus datis:

„Sed et siquis a parentibus prohibitus fuerit tutor „esse, hunc neque creari oportet: et, si creatus „sit, nec recusaverit [38]), prohiberi eum esse tuto„rem, manente epitimia."

Eben so sind nun im 3ten Capitel der Nov. 72. die Schuldner und Gläubiger des Pfleglings, welche zur Vormundschaft berufen werden, angewiesen, das obwaltende Rechtsverhältniß bei der Obrigkeit anzuzeigen, solches darzuthun und als *excusatio* geltend zu machen:

„Ne vero omnibus hominibus *excusationem* (πα„ραίτησιν) tutelae aut curae concedamus, si res „minorum sibi obligatas habere dicant, vel illi ma„nifesto obligati sint: sancimus, siquis dicat, mi-

38) Im griechischen Original gebraucht Modestin den Ausdruck παραιτήσηται, welcher dem „excusationem petere" entspricht.

„norem vel res ejus, vel parentes minoris sibi obli-
„gatos esse, ut intra tempus excusationis, *apud*
„*eum, qui curatorem dat*, illud ostendat, et *libe-*
„*retur*: vel si id obscurum sit, jurejurando coram
„sacris eloquiis praestito, quod revera se eum ob-
„ligatum habere credat, *excusetur*: quo facto ne-
„que tutelam neque curam attingat, sed longissime
„ab hoc negotio removeatur, ne hoc ipso hostem,
„non vero curatorem minori demus.“

Nach dem Inhalte dieser Gesetzstelle ist man wohl befugt, die in dem ersten Capitel der Novelle 72. angeordnete Ausschließung als einen Excusationsfall zu behandeln, und in Folge dessen, die Dativtutel eintreten zu lassen; und zwar dies um so mehr, als hierauf in den Worten „apud eum, *qui curatorem dat*“ ausdrücklich hingewiesen wird. — Allerdings ist zwar die Ausschließung nicht abhängig von dem eigenen Antrage des zur Vormundschaft Berufenen; sondern derselbe wird, wenn er die Anzeige seiner Schuld oder Forderung unterläßt, nicht nur der letzteren resp. seiner Einreden verlustig [39]), sondern auch von Amtswegen — wegen der Verheimlichung als suspectus removirt [40]); — aber die Remotion führt ja gerade so zur Dativtutel, wie die Excusation. — Gerade darin, daß die Sache sich zum Remotionsfalle gestalten kann und die Versäumung des Excusations-Antrages die Verpflichtung zur Uebernahme der Vormundschaft nicht zur Folge hat [41]), liegt der Unterschied von den Fällen der eigentlichen freiwilligen Excusation. Auf diesen Unterschied beziehen sich die Gesetzstellen, in welchen das „excusatione uti“ und das „lege prohiberi“ im Gegensatze erscheinen. Dieser Grundsatz kann als wirksam bestehen, ohne daß man ihm die Folge geben müßte, welche die oben vorgetragenen Zweifelsgründe zu rechtfertigen schienen.

39) Nov. 72. Cap. 4.
40) Vgl. v. Löhr a. a. O.
41) Vgl. fr. 13. §. 12. De excus.